

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA- *CAMPUS* AVANÇADO DE
GOVERNADOR VALADARES**

Instituto de Ciências Sociais Aplicadas- Curso de Direito

Giovana Soares Moulin

***VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* E TEORIA DAS NULIDADES: Um estudo
da aplicação do princípio por Tribunais brasileiros**

Governador Valadares- MG

2022

Giovana Soares Moulin

***VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* E TEORIA DAS NULIDADES: Um estudo
da aplicação do princípio por Tribunais brasileiros**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora- Campus Governador Valadares, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharela em Direito. Orientador: Professor Dr. Daniel Mendes Ribeiro.

Governador Valadares - MG

2022

Giovana Soares Moulin

***VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* E TEORIA DAS NULIDADES: Um estudo
da aplicação do princípio por Tribunais brasileiros**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora- Campus Governador Valadares, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharela em Direito. Orientador: Professor Dr. Daniel Mendes Ribeiro.

Aprovada em (dia) de (mês) de (ano).

BANCA EXAMINADORA

Professor Dr. Daniel Mendes Ribeiro - Orientador
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professora Dra. Paula Pimenta Campos Velloso
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professor Dr. Daniel Amaral Carnaúba
Universidade Federal de Juiz de Fora

RESUMO

O *venire contra factum proprium* é uma das máximas utilizadas na concretização da terceira função da boa fé objetiva (aquela que restringe o exercício inadmissível de direitos). Todavia, sua incidência no campo da teoria das invalidades jurídicas é controversa. De um lado, a literatura jurídica clássica aponta para sua inadmissibilidade. Por outro, a tradição jurídica moderna caminha no sentido de admitir seu emprego no campo das nulidades tendo em vista o Princípio da conservação do negócio jurídico. Contudo, a super utilização da máxima além de controversa, pode levar ao desuso da teoria das invalidades. Dessa forma, o presente trabalho pretende analisar o emprego da vedação ao comportamento contraditório pelos tribunais, visando responder a pergunta sobre aplicabilidade ou não do brocardo às hipóteses de nulidade absoluta.

Palavras-chave: *Venire contra factum proprium*. Teoria das invalidades. Princípio da conservação dos negócios jurídicos.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 BOA-FÉ OBJETIVA E <i>VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM</i>	8
3 <i>VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM</i>	10
4 ESTRUTURA DO <i>VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM</i>	12
4.1 O <i>factum proprium</i>	12
4.2 A legítima confiança.....	13
4.3 A conduta contrária ao <i>factum proprium</i>	14
5 O QUE O <i>VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM</i> NÃO É.....	16
5.1 Proibição de beneficiar-se da própria torpeza – <i>nemo auditur propriam turpitudinem allegans</i>	16
5.2 <i>Tu quoque</i>	17
5.3 Renúncia tácita	18
5.4 <i>Exceptio doli</i>	18
5.5 <i>Surrectio</i>	19
5.6 <i>Supressio</i>	19
6 RESULTADO DA APLICAÇÃO DO <i>VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM</i>	22
7 A TEORIA DAS INVALIDADES DO NEGÓCIO JURÍDICO E O PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS.....	23
8 TEORIA DAS INVALIDADES E APLICAÇÃO DO <i>VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM</i>	25
9. ANÁLISE DE CASOS.....	31
9.1 Nulidade de acordo por ausência de assinatura da parte (Acórdão 1.0000.21.119545-8/001 - Tribunal de Justiça de Minas Gerais).....	31
9.2 Nulidade de acordo - direito indisponível (Recurso Especial nº 1564334 - PR)	34
9.3 Exceção de pré-executividade - Prescrição (Apelação Cível nº 1.0701.08.218052-5/001 - Tribunal de Justiça de Minas Gerais).....	35
9.4 Nulidade por impenhorabilidade de bem de família (Agravo de Instrumento nº 1.0693.15.007633-1/002 - Tribunal de Justiça de Minas Gerais).....	37
10 A BANALIZAÇÃO E MAU USO DO <i>VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM</i>	39

CONCLUSÃO.....	42
REFERÊNCIAS.....	43

1 INTRODUÇÃO

A boa-fé objetiva trata-se de um valor historicamente construído que foi abarcado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Em suma, possui três funções: (i) - servir de parâmetro interpretativo para os negócios jurídicos; (ii) criar deveres anexos à prestação principal e; (iii) - vedar o exercício inadmissível de direitos. É dentro dessa última função da boa-fé objetiva que a máxima *venire contra factum proprium* encontra seu campo de incidência.

O *Venire contra factum proprium* veda a adoção de comportamentos que atinjam a legítima expectativa despertada em terceiro ante ao exercício de um comportamento anterior. Assim, não se visa a garantir um dever de coerência, mas, sim, tutelar a confiança gerada em situações que ficam à margem de tratamento legal.

Por outro lado, a validade dos negócios jurídicos é aferida pela teoria das invalidades que estatuiu hipóteses de nulidades absolutas e relativas. Quanto às últimas, tem-se que aquele que a ela deu causa ou possuía ciência de sua existência não pode arguí-la. Além disso, há vedação de sujeitos que podem suscitá-la e também não podem fazer a qualquer tempo. De outra forma, quanto às primeiras, estas, via de regra, podem ser arguidas por qualquer um, inclusive pelo juiz, de ofício, e a qualquer momento. Isso porque as hipóteses de nulidade absoluta estariam fundamentadas em interesses de ordem pública.

Contudo, uma corrente contemporânea tem revisitado a teoria das nulidades de maneira a afirmar a possibilidade da sanção de atos nulos através do emprego do Princípio da conservação dos negócios jurídicos, valendo-se do aparato da boa-fé objetiva e, inclusive, da máxima *venire contra factum proprium*. A hipótese é controversa, dado, também, que há uma má-aplicação da proibição do comportamento contraditório em casos nos quais se confronta a nulidade absoluta com a conduta desleal da parte que faz a alegação.

Nesse sentido, o presente estudo pretende analisar o confronto entre a tradicional teoria das invalidades com o Princípio da conservação dos negócios jurídicos, sem perder de vista o atual estado da aplicação da vedação ao comportamento contraditório pelos tribunais. Ao final, intenta-se ponderar acerca dos riscos de uma aplicação desmedida do brocardo, bem como da admissibilidade ou não de convalescerem negócios nulos através do emprego do *venire contra factum proprium*.

2 BOA-FÉ OBJETIVA E *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*

A boa-fé objetiva é uma noção histórica. Com isso pretende-se dizer que se trata de uma concepção carregada e permeada por diversos significados construídos ao longo do tempo e que, às margens de previsão legal dispondo sobre o seu conteúdo próprio, acabou sendo lida e construída através da jurisprudência.

Essa descrição pode ser resumida na conclusão de que o princípio da boa-fé objetiva diz respeito a uma cláusula geral. Judith Martins Costa, ao conceituar o que seria uma cláusula geral, esclareceu que a expressão indica uma “*estrutura normativa cuja prescrição é vaga na hipótese, isto é, cujo o conteúdo não está previamente descrito*”¹.

A utilização desta cláusula geral, a boa-fé objetiva, foi consolidada na Ciência Jurídica no pós-guerra do século XX, em contraposição a chamada boa-fé subjetiva, aquela tida como um estado psicológico de ignorância do sujeito do direito do outro ou, então, à convicção de ter adotado uma postura conforme o direito².

Seu emprego mais famoso é identificado no §242 do Código Civil alemão que dispõe: “*O devedor deve cumprir a prestação tal como exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego jurídico*”. Esse dispositivo tornou-se elemento histórico fundamental para o entendimento do conteúdo da boa-fé objetiva enquanto cláusula geral. Isso porque possibilitou que uma relação obrigacional fosse lida não apenas com base nas normas entabuladas expressamente pela vontade das partes, mas, também, através de fatores e circunstâncias ligadas ao contrato.

A contribuição do direito alemão foi dar à boa-fé uma concepção objetiva, tida enquanto um parâmetro de conduta leal e confiável, sem depender, para tanto, de análises psicológicas dos sujeitos envolvidos. Através dela, foi possível estabelecer a existência de deveres e obrigações anexas ao objeto contratual, visando garantir a cooperação entre as partes.

A figura reflete o princípio da solidariedade social que passou a vigorar nas legislações no século XX, uma vez que a realidade pós-guerra escancarou a necessidade de conter o exercício quase ilimitado da autonomia privada dos indivíduos.

¹ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 135.

² SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium. 3ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 101

Nesse sentido, é possível indicar na boa-fé objetiva uma tríplice função. A primeira, é de servir de parâmetro interpretativo dos negócios jurídicos, ou seja, ela atua enquanto critério hermenêutico, operando de maneira a garantir que os negócios jurídicos sejam interpretados de maneira a privilegiar a lealdade entre as partes.

Quanto à segunda função, tem-se que a boa-fé objetiva serve como fonte criadora de deveres anexos à prestação principal, impondo aos envolvidos deveres distintos daqueles previstos em contrato como, por exemplo, dever de informação, colaboração, sigilo, etc. Cumpre ressaltar que tais deveres surgem independentemente à vontade das partes.

Por fim, a terceira e última função da boa-fé objetiva é vista através de um viés negativo, na medida em que reflete uma vedação a comportamentos, uma restrição do exercício de direitos. E assim o faz porque, em proteção a solidariedade social, veda posturas que, embora formalmente lícitas ou contratualmente permissíveis, não estariam de acordo com as diretrizes da cláusula geral.

Trata-se de uma função corretora que visa a impedir o exercício de direito subjetivo manifestamente desleal, incoerente e/ou irregular. Essa terceira função também é conhecida, doutrinariamente, como exercício inadmissível de direitos, sendo que, dentro deste gênero, encontra-se uma vasta gama de espécies, inclusive o *venire contra factum proprium*.

Percebe-se, portanto, que a vedação ao comportamento contraditório surge enquanto uma espécie de exercício inadmissível de direitos, reverberando uma das possibilidades de atuação da boa-fé objetiva em sua função restritiva.

Contudo, faz-se necessário pontuar que o *venire contra factum proprium* não visa a restringir o exercício de direitos com base num pressuposto dever de coerência, até porque é intrínseco à natureza humana a possibilidade de sempre agir de maneira diversa, de mudar de posição e de construir a própria personalidade com base em seus atos que podem, ou não, guardar identidade entre si.

De maneira diversa, a máxima aparece enquanto uma tutela da confiança. Nesse sentido, Anderson Schreiber³ pontua que a confiança desempenha um importante papel na compreensão da boa-fé objetiva. Isso porque a valorização contemporânea da confiança lança um novo olhar sobre o viés individualista das legislações, de modo a abraçar uma concepção mais solidária do exercício de direitos.

³ SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 101.

Com isso, pretende-se dizer que o fundamento do *venire contra factum proprium* pode ser identificado na tutela da confiança, ou seja, não se proíbe a incoerência por ela, mas, sim, veda-se o comportamento contraditório em prol da proibição de ruptura da confiança por meio da incoerência.

3 VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM

O *venire contra factum proprium* é um brocardo que pode ser conceituado como o exercício de uma posição adotada pelo indivíduo em contradição a um comportamento anterior tido por ele. A máxima é uma criação da ciência jurídica impregnada de discussões acerca de sua fundamentação e aplicação.

Durante anos, questionou-se acerca da plausibilidade do Direito tutelar um interesse legítimo identificado na coerência. Em outras palavras, a pergunta girava em torno de saber, se e quando, o ordenamento jurídico deveria, ou não, coibir comportamentos contraditórios e, independentemente da resposta, explicar o porquê.

Dentre os que empreenderam esforços para questionar a presença da vedação ao comportamento contraditório na Ciência do Direito moderna está Kurt Riezler que, em sua obra intitulada de *Venire contra factum proprium - Studien im romischen, englischen und deutschen Zivilrecht* (1912), analisou a aplicação do brocardo nos Direitos romano, inglês e alemão, além de ter percorrido o Direito canônico, os glosadores, conciliadores e a situação da máxima até a pandectística⁴.

Nessa empreitada, Kurt Riezler percebeu que, no Direito romano e na casuística canônica, não existia uma regra de vedação ao comportamento contraditório. De maneira distinta, tratava-se de um princípio geral que, às vezes, encontrava ressonância na solução dada aos casos concretos. Por sua vez, os glosadores, em suas anotações às margens das obras, identificaram que, em alguns casos, algumas decisões reverberavam a proibição ao comportamento contraditório, embora nem sempre a aplicassem.

O direito inglês, a seu turno, consagrou a aplicação do *venire contra factum proprium* através do instituto do *stoppel*⁵. No que diz respeito ao direito alemão, o princípio, quando

⁴ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel, 2001. Da boa fé no direito civil. Tese de doutoramento. p-743.

⁵ O estoppel está relacionado à proteção da aparência de um comportamento inicialmente praticado, o qual desencadeia uma legítima expectativa de que esta aparência é condizente com a boa-fé. Nesse sentido, o instituto tem o intuito de dar proteção objetiva a uma aparência jurídica. Apesar da peculiaridade, seu funcionamento dá-se de maneira muito semelhante ao do *venire contra factum proprium*. (NEVES, 2016, p. 70).

aplicado, não retirava de si mesmo, como postulado ético, uma justificação jurídico-política, como ocorria, por exemplo, em relação aos comportamentos em contradição aos bons costumes. Isso porque, como notou Menezes Cordeiro⁶, Kurt Riezler identificou que se coloca, subjacente à existência do *venire contra factum proprium*, um problema de interesses em conflito, que pode ser resolvido de diversas maneiras.

Tal fato faz com que, até hoje, a utilização do brocardo em diversos ordenamentos seja costumeiramente revista e criticada, passando por momentos de maior ou menor receptividade. No Brasil, o princípio demorou a ser aceito. Em verdade, antes do Código Civil de 2002, sua aplicação era ínfima, tendo em vista que o Código Civil de 1916 não continha disposições sobre o comportamento contraditório, seja no sentido de tutelá-lo ou de repeli-lo.

Anderson Schreiber⁷ atribui tal fato a nítida influência que a legislação civil brasileira sofria das construções jurídicas da Europa, a despeito da total dissonância entre as realidades brasileira e europeia. A consequência direta dessa influência foi a adoção de uma legislação fortemente permeada pelo pensamento liberal que consagrava a liberdade individual, fazendo com que os principais institutos jurídicos tivessem um cunho patrimonialista.

Dessa maneira, sendo todos os indivíduos tidos como livres e iguais perante a lei, estariam plenamente aptos a adotarem posicionamentos diversos e, inclusive, contrariarem os seus próprios comportamentos, dando o curso que bem entendessem aos seus desígnios.

Atualmente, o princípio de vedação ao comportamento contraditório é aceito e aplicado costumeiramente pelos tribunais brasileiros, sendo que essa utilização do princípio pela prática jurídica, não pode ser creditada à entrada em vigor do Código Civil de 2002. Isso porque a legislação civil vigente nada tem de “nova”, tendo sido o resultado da recuperação de um projeto esboçado em 1970, época em que vigoravam os mesmos ideais liberais que desconsideravam e/ou davam menor importância a valores e princípios sociais.

O aceite do brocardo no Brasil deu-se apenas com a Constituição Federal de 1988, quando houve a ascensão de valores sociais, em que a pessoa foi consagrada enquanto centro do ordenamento jurídico⁸. Assim, com a mudança de um paradigma meramente patrimonialista, para outro que abarcava concepções de justiça pensadas sob o viés do

⁶ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel, 2001. Da boa fê no direito civil. Tese de doutoramento. p-743.

⁷ SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium. 3ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 72.

⁸ SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium. 3ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 73.

bem-estar social, tornou-se possível que o *venire contra factum proprium* ganhasse o protagonismo na resolução de uma série de julgados.

Ocorre que, não havendo um dispositivo ou norma que o designe no Código Civil ou na própria Constituição Federal, a busca por seu fundamento e identificação de seus requisitos aparece enquanto tarefa indispensável a correta aplicação do brocardo.

4 ESTRUTURA DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*

Enquanto instrumento de tutela da confiança, o *venire contra factum proprium* pode ser identificado através de uma estrutura que identifica, via de regra, três elementos: (i) - o *factum proprium*; (ii) - a legítima confiança e; (iii) - o comportamento em contradição ao *factum proprium*.

4.1 O *factum proprium*

O *factum proprium* é o primeiro elemento lógico da estrutura da vedação ao comportamento contraditório, e assim o é porque é apenas com uma conduta inicial assumida pelo indivíduo que é possível se falar em contradição.

Inicialmente, cumpre salientar que essa conduta inicial não pode ser tida como fato jurídico, porque abarcaria, caso o fosse, os acontecimentos naturais que, como sabido, independem da atuação humana.

Por outro lado, o *factum proprium* não pode ser tido como ato jurídico que vincule o autor ao cumprimento de um dever⁹. Isso porque quando se trata de uma conduta juridicamente vinculante, ou seja, de um ato jurídico, é irrelevante a confiança da outra parte na coerência em relação a um eventual comportamento anterior, haja vista o caso ser resolvido pelos instrumentos da responsabilidade civil¹⁰.

Em verdade, a conduta inicial é um comportamento lícito e, à primeira vista, irrelevante ao direito, só passando a produzir efeitos jurídicos na medida em que surge a

⁹ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel, 2001. Da boa fé no direito civil. Tese de doutoramento. p-746.

¹⁰ SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 134.

necessidade de tutelar a confiança criada em outrem a partir desta conduta. Dessa forma, como dito por Anderson Schreiber¹¹, “*não é jurídico, torna-se jurídico*”.

A relevância inicial dessa primeira conduta não é jurídica, mas fática. Trata-se de um comportamento capaz de transcender a esfera de seu praticante e repercutir objetivamente sobre outras pessoas. Essa repercussão, por sua vez, faz com que a conduta inicial e a legítima confiança ocasionada por ela, gere uma relativização da distinção entre atos jurídicos e atos não jurídicos¹².

Há aqui uma preocupação de parte da literatura jurídica em se evitar esquemas em que haja uma supervinculação jurídica, no qual todos os comportamentos poderiam, potencialmente, gerar uma espécie de vinculação. Todavia, Anderson Schreiber pontua que o temor não se justifica, uma vez que, a seu ver, o direito, na sociedade contemporânea, teria menos um papel de regular situações específicas e, mais um dever de comprometer-se com a realização de valores sociais constitucionalmente estipulados¹³.

Por fim, percebe-se que o *nemo potest venire contra factum proprium* apresenta-se, inicialmente, como uma forma de fugir à excessiva formalidade exigida pelo ordenamento jurídico, visando analisar as condutas de acordo com seu contexto e, dotá-las de efeitos jurídicos na medida em que emerge outro valor social digno de tutela, a saber, a confiança.

4.2 A legítima confiança

Como já pontuado anteriormente, o ordenamento jurídico ao permitir a aplicação da vedação ao comportamento contraditório não está a estabelecer um dever de coerência, uma vez que, se fosse o caso, colocaria fim à liberdade e a questões intrinsecamente humanas que permitem, por exemplo, que um indivíduo mude de opinião.

De maneira distinta, o princípio apenas veda o comportamento contraditório que “*mine a relação de confiança recíproca minimamente necessária para o bom desenvolvimento do tráfego negocial*”¹⁴, como esclarece Judith Martins-Costa.

¹¹ SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium. 3ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 134.

¹² SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium. 3ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 140.

¹³ SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium. 3ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 139.

¹⁴ Martins-Costa, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 676.

Todavia, cumpre ressaltar que a confiança a ser verificada no caso concreto não diz respeito a um estado psicológico, subjetivo, daquele que credita num comportamento inicial sua confiança, mas, sim, de uma adesão ao sentido objetivo da conduta¹⁵.

A tarefa de averiguar objetivamente essa adesão depende de vários fatores, sendo alguns deles indicados por Anderson Schreiber, quais sejam: a efetivação de gastos e despesas motivadas pelo *factum proprium*; a divulgação pública das expectativas depositadas; a adoção de medidas ou a abstenção de atos com base no comportamento inicial; o grau elevado de repercussão exterior e; a ausência de qualquer sugestão de uma futura mudança de comportamento¹⁶.

Ressalta-se, ainda, que a comprovação de confiança não deve seguir parâmetros rigorosos, sob pena de desvirtuar a finalidade do instituto, que é justamente de garantir efeitos jurídicos a situações de abusividade que não estão devidamente abarcadas pela legislação.

Por último, faz-se necessário pontuar que não basta um mero estado de confiança para que seja possível a aplicação da máxima, uma vez que apenas a confiança legítima é capaz de ser tutelada. Por legítima designa-se aquela confiança qualificada, aquela que pode ser razoavelmente despertada pelo *factum proprium* (comportamento inicial).

Assim, não se tutela pelo instituto o deslumbre (aquele que cria expectativas para além do razoável que a conduta inicial permite), a má-fé, nem situações em que há possibilidade expressa ou legal de contradição.

4.3 A conduta contrária ao *factum proprium*

O último requisito (cumulativo) para configuração do princípio de vedação ao comportamento contraditório é o exercício posterior de uma conduta em contradição ao comportamento inicial¹⁷. Nesse sentido, a exigência é apenas de que ocorra o comportamento contraditório, sem que seja necessário demonstrar a intenção do agente de contrariar a conduta anterior. Isso porque o *venire contra factum proprium* é analisado sob uma dimensão objetiva, como já dito anteriormente.

¹⁵ SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 141.

¹⁶ SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 142.

¹⁷ SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 144.

Além disso, a conduta que se contrapõe à anterior é, se analisada por si, lícita. Afinal, caso fosse um ato ilícito, seria combatida pelas sanções específicas das normas que o expressam. Portanto, a conduta contraditória torna-se abusiva e, conseqüentemente, ilícita, somente na medida em que viola a legítima confiança de outrem ou a boa-fé objetiva, como dispõe o artigo 187 do Código Civil¹⁸.

Averigua-se, dessa forma, no *venire contra factum proprium*, uma incompatibilidade objetiva entre os dois comportamentos, através da análise do sentido objetivo da conduta inicial, sob a perspectiva da confiança despertada por quem invoca a máxima, em contraposição ao sentido objetivo da conduta posterior¹⁹.

Há, ainda, uma última questão a ser ponderada acerca do instituto, que diz respeito à necessidade de haver uma sucessão lógico-temporal das condutas. É costumeiro que a literatura jurídica exija que o comportamento contraditório ocorra após a conduta inicial. Contudo, Anderson Schreiber pontua que mesmo comportamentos simultâneos podem ensejar a aplicação da máxima, bastando, apenas que a repercussão sobre o terceiro se dê em momentos distintos²⁰.

A título de exemplo, Anderson Schreiber cita uma situação hipotética em que a Administração Pública, ao mesmo tempo que lança uma licitação para alienação de um terreno, proponha uma ação declaratória de nulidade do processo licitatório. Nesse caso, mesmo que os atos tenham ocorrido simultaneamente, o particular que tivesse tomado ciência da ação declaratória apenas muito depois, teria despertado uma legítima confiança na validade do certame. Assim, para o autor, a vedação ao comportamento contraditório incide em comportamentos contraditórios simultâneos na medida em que são capazes de ensejar em outrem a legítima confiança²¹.

Em síntese, tem-se que o segundo comportamento é, a princípio, lícito, podendo ocorrer simultaneamente ou após a conduta inicial, sendo que, caso ocorra concomitantemente, a incidência do *venire contra factum proprium* dar-se-á na medida em

¹⁸ SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 146.

¹⁹ SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 149.

²⁰ SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 151.

²¹ SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 152.

que for capaz de ter despertado a legítima confiança do terceiro, que só teve ciência do comportamento contraditório após a conduta inicial.

5 O QUE O *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM* NÃO É

Não é incomum que outras figuras componentes do gênero “exercício inadmissível de direito” acabem por gerar confusão entre si, por agruparem semelhanças em suas estruturas e aplicação. Todavia, em se tratando de espécies distintas, faz-se necessário o esclarecimento do teor de suas diferenças, visando dar maiores contornos ao instituto objeto deste trabalho – o *venire contra factum proprium*.

5.1 Proibição de beneficiar-se da própria torpeza – *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*

O brocardo *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* é um termo latino que significa que ninguém pode ser ouvido ao alegar a própria torpeza. O código Civil de 1916, em seu artigo 104, estabelecia que:

“Art. 104 Tendo havido intuito de prejudicar a terceiros ou infringir preceito de lei, nada poderão alegar, ou requerer os contraentes em juízo quanto à simulação do ato, em litígio de um contra o outro, ou contra terceiros.”

Todavia, o Código Civil de 2002 passou a considerar a simulação enquanto causa de nulidade do negócio jurídico, e não anulabilidade como ocorria no art. 104 do Código Civil de 1916²².

A proibição de alegar a própria torpeza guarda com o *venire contra factum proprium* a semelhança de coibir uma conduta posterior, em virtude de uma conduta inicial adotada pelo mesmo centro de interesses. Contudo, o *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* possui seu foco de análise na reprimenda da torpeza (dolo), enquanto na proibição do comportamento contraditório o elemento subjetivo é indiferente²³.

²² SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 174.

²³ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 689.

Para Judith Martins Costa, na dúvida de qual dos institutos aplicar, deve-se perquirir acerca do bem jurídico mais fortemente tutelado naquela situação. Assim, caso seja a confiança, far-se-á uso do *venire contra factum proprium*, mas se, de outro modo, visar rejeitar a torpeza, utilizar-se-á o *turpidinem suam allegans non auditur*²⁴.

5.2 *Tu quoque*

A máxima *tu quoque* remonta às palavras finais de Júlio Cesar que, apunhalado por Brutos, seu filho adotivo, exclama: - “*tu quoque, Brute, fili mi?*”. A frase expressa significa em tradução grosseira: - “Até tu, Brutos, meu filho?”.

Para Menezes Cordeiro, a máxima representa a regra “*pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa norma lhe tivesse atribuído*”²⁵.

Vulgarmente, na tradição filosófica, o termo acabou por traduzir o sentido de algo como “dois pesos duas medidas” porque era invocado sempre quando alguém, para situações similares, empregava conclusões e resultados distintos. Assim, o emprego do termo servia como uma espécie de represália à inconsistência.

No ordenamento jurídico vigente, há a adesão da máxima por duas vias, seja de forma geral, através do emprego do *tu quoque* ou na forma específica, através de regras que traduzem a finalidade do princípio, como, por exemplo, o artigo 476 do Código Civil que, pela figura do *exceptio non adimpleti contractus* impede que, quem não cumpriu o objeto da avença quando deveria exigir que o outro cumpra²⁶.

Nesse sentido, o *tu quoque* é similar ao *venire contra factum proprium* porque ambos possuem em seu núcleo uma ideia de incoerência. Todavia, os institutos são diferentes na medida que os critérios valorativos para sua aplicação são distintos. Para Anderson Schreiber, o *tu quoque* seria uma espécie da proibição ao comportamento contraditório²⁷.

²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 689.

²⁵ MENEZES CORDEIRO, Antonio Manuel, 2001. Da boa fé no direito civil. Tese de doutoramento. p-837.

²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 703.

²⁷ SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 184.

Assim, o *tu quoque*, por sua origem histórica, teria um aspecto intenso de vedação à deslealdade, fazendo com que se dirija, mais propriamente, à sanção de quem o pratica do que, necessariamente, à tutela da confiança.

5.3 Renúncia tácita

A renúncia tácita é compreendida como o negócio jurídico unilateral e abdicativo por meio do qual o titular do direito o expulsa de seu patrimônio²⁸. Nela, o indivíduo tem um comportamento que, quando interpretado através da boa-fé, traduz uma declaração de vontade no sentido de extinguir sua titularidade sobre o direito em questão²⁹.

Por sua vez, o *venire contra factum proprium* não está ligado a uma leitura voluntarista e é aqui, precisamente, que reside a diferença entre os institutos. Isso porque na vedação do comportamento contraditório não se deve enxergar na conduta inicial uma declaração tácita de vontade, pelo qual se renuncia o exercício futuro de um direito.

De maneira distinta, a máxima de vedação ao comportamento contraditório possui um caráter intrinsecamente não negocial, sendo analisada por parâmetros objetivos, ou seja, independe da vontade de quem pratica o comportamento contraditório.

O *venire contra factum proprium* serve, desse modo, para tutelar aquelas situações que a renúncia tácita não pode socorrer, tendo em vista não se estar diante de uma declaração de vontade, ou seja, de um ato juridicamente vinculante.

5.4 *Exceptio doli*

Com o renascimento da boa-fé objetiva e do consequente desenvolvimento da figura do abuso de direito, a *exceptio doli* foi revisitada, após um período de esquecimento. Em origem, tratava-se de um meio genérico de defesa criado pelos romanos visando a impedir ações embasadas no dolo do autor.

Aos poucos, a *exceptio doli* foi se desenvolvendo de modo a impedir qualquer atuação contrária a boa-fé. Cumpre ressaltar que, mesmo após ser retomado, o princípio tem sido utilizado em menor escala dado ao seu teor genérico.

²⁸ NEVES, Julio Gonzaga Andrade. A supressio (vewirkung): no direito civil. São Paulo, 2016, p. 92.

²⁹ NEVES, Julio Gonzaga Andrade. A supressio (vewirkung): no direito civil. São Paulo, 2016, p. 93.

Afinal, o dolo já é causa de anulabilidade do negócio jurídico, e a própria figura do abuso de direito coíbe, em alguma medida, condutas contrárias à boa-fé objetiva revestidas do exercício de um direito.

A *exceptio doli* se distancia do *venire contra factum proprium* porque este possui conteúdo relativamente determinado, baseado na lesão a legítima confiança criada em outrem, enquanto aquela possui um conteúdo difuso, abrangendo diversas situações, além de sempre vir **associada**, em alguma medida, à noção de dolo³⁰.

5.5 *Surrectio*

A *surrectio* é a figura que denomina que, em razão da confiança provocada por sua contraparte, um direito incorpora-se na esfera jurídica de um indivíduo. Esta situação pode ser: totalmente nova (*surrectio* em sentido estrito); ser nova e inconciliável com uma situação jurídica anterior ou; consistir no simples direito de não mais cumprir uma obrigação anteriormente existente (uma espécie de contradireito de resistência, gerado pela *surrectio*)³¹.

Assim, apesar de haver na *surrectio* a tutela da confiança, por meio dela é incorporado um direito na esfera jurídica de um indivíduo, e não obstado um comportamento contraditório, como ocorre no *venire contra factum proprium*.

5.6 *Supressio*

A *supressio* designa uma espécie do gênero exercício inadmissível de direito que é configurada pela caducidade de seu exercício. Para Anderson Schreiber, essa espécie “*designa a inadmissibilidade de um exercício de um direito por seu retardamento desleal*” (SCHREIBER, Anderson. 2012, p. 185).

Quando a *supressio* é analisada junto ao *venire contra factum proprium*, é possível notar uma série de semelhanças: (i) - ambas são espécies de vedação ao abuso de direito; (ii) - tutelam a confiança e a segurança jurídica; (iii) - possuem pressupostos similares³².

³⁰ SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 180.

³¹ NEVES, Julio Gonzaga Andrade. A *supressio* (vewirkung): no direito civil. São Paulo, 2016, p. 92.

³² NEVES, Julio Gonzaga Andrade. A *supressio* (vewirkung): no direito civil. São Paulo, 2016, p. 80.

Todavia, são figuras distintas. E assim o são porque possuem: (i) - fundamentos históricos diferentes e (ii) - pressupostos (apesar de similares) distintos. Quanto à primeira distinção, ela se dá porque o *venire contra factum proprium* possui natureza medieval, com alguns precedentes romanos que são apontados como origens do instituto. Por sua vez, a *supressio*, tem origem tedesca, em um contexto histórico-econômico de crise.

Quanto à segunda distinção, é possível afirmar que ela é, de fato, decisiva para a diferenciação dos dois institutos. Isso porque, a análise dos pressupostos de cada um para a sua aplicação, permite a estipulação de um critério mais seguro a garantir a razão de existência dos dois princípios independentemente, tendo em vista que o critério histórico, por si só, não é suficiente para distingui-los quanto à sua finalidade.

Nesse sentido, a *supressio* apresenta a seguinte estrutura: a contradição a um *factum proprium* que é consubstanciada por um comportamento omissivo. Anderson Schreiber vê a *supressio* enquanto uma espécie de *venire contra factum proprium*. Todavia, Júlio Gonzaga Andrade Neves³³, opõe-se a esta concepção, destacando que a figura do lapso temporal, ou seja, o fator tempo, daria à *supressio* contornos peculiares. Além disso, entende que o caráter de impedir o exercício de um direito também afastaria a semelhança com o instituto da proibição ao comportamento contraditório.

A finalidade do instituto, dar-se-ia, deste modo, a criar uma forma de ponderar o dano que um exercício de direito retardado pode vir a gerar, tendo em vista que os códigos foram redigidos em tempos de menor dinamismo, ante a uma velocidade menor de desenvolvimento tecnológico operante em sua época.

Todavia, tradicionalmente, diante de prazos legais estipulados para prescrição e decadência não se deve aplicar a *supressio*. Isso porque não poderá ser considerada inteiramente legítima a confiança despertada em outrem com relação ao não-exercício de um direito sujeito a prazo estabelecido na legislação. Assim, a *supressio* incidiria nos casos em que não há prazo legal.

Aqui, porém, há outro impasse: a legislação brasileira é bastante minuciosa em definir prazos prescricionais e decadenciais, e por este motivo, tem sido admitido o emprego do instituto em situações de conflito com prazos legais estabelecidos naquelas hipóteses em que o simples decurso do tempo seja somado ao comportamento do titular de direito.

³³ NEVES, Julio Gonzaga Andrade. A *supressio* (vewirkung): no direito civil. São Paulo, 2016, p. 91.

Nesses casos, o comportamento deixa de ser omissivo e passar a ter uma feição mais comum de *venire contra factum proprium*, porque soma uma omissão a um comportamento comissivo inspirador de confiança, ou, por outro lado, uma omissão qualificada por circunstâncias que, na ausência de qualquer comportamento do sujeito titular do direito, sejam capazes de despertar a legítima confiança de outrem³⁴.

Dessa maneira, o emprego da *supressio* no ordenamento jurídico brasileiro acaba por dar ao instituto um caráter de espécie de *venire contra factum proprium*, como defende Anderson Schreiber³⁵.

6 RESULTADO DA APLICAÇÃO DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*

A consequência primeira do *nemo venire contra factum proprium* é tornar inadmissível o exercício da conduta contraditória, ou seja, é impedir que este ocorra. Dessa maneira, a máxima teria um caráter primordialmente preventivo ao paralisar a conduta contraditória.

Todavia, tendo em vista a demora do Poder Judiciário em julgar os casos, o *venire contra factum proprium* acaba por assumir um caráter repressivo. Além disso, a não prevenção da conduta pode se dar pelo exercício de ponderação do órgão julgador que, tendo em vista outros interesses dignos de tutela, decide não a obstar e; até mesmo, pela violação de um comando jurisdicional³⁶.

Nesses casos, o dano que era potencial passa a ser dano efetivo, atuando o *venire contra factum proprium* na reparação do dano sofrido. Aqui, o princípio atua como a causa da injustiça do comportamento danoso³⁷. A configuração de um *venire contra factum proprium* serve, portanto, como prova da abusividade e, conseqüentemente, embasa um título à reparação do dano sofrido. Em suma, cuida-se de um abuso de direito por violação da boa-fé objetiva (art. 187 do Código Civil)³⁸.

³⁴ SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 193.

³⁵ SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 191.

³⁶ SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 194.

³⁷ SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 166.

³⁸ SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 167.

Uma das formas de reparar o prejuízo sofrido é, em alguns casos, o desfazimento do ato. Dessa maneira, quando é possível desfazer o ato que contradiz a conduta inicial, deve-se optar por essa via, tendo em vista ser a solução que privilegia a execução específica e a real satisfação dos interesses em conflito.

7 A TEORIA DAS INVALIDADES DO NEGÓCIO JURÍDICO E O PRINCÍPIO DA CONSERVAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

A teoria da invalidade do negócio jurídico nasce no direito romano, não admitindo, de início, a figura da anulabilidade. Isso porque o direito romano era marcado pelo formalismo, sendo que todo e qualquer vício de forma tornava o negócio jurídico inválido e, portanto, não tutelado pelo ordenamento e inapto a produzir efeitos.

É apenas num segundo momento, após o período Justinianeu, que o direito romano passou a adotar a chamada “*teoria da sanção dos atos jurídicos*”. Nesse sentido, o ato inválido era convalidado mediante atribuição de validade em virtude do decurso do tempo para o seu reconhecimento ou através de ratificação³⁹.

Tradicionalmente, no Direito Civil brasileiro, a teoria da invalidade dos negócios jurídicos se divide em duas espécies, quais sejam, as causas de nulidade e as causas de anulabilidade.

7.1 Distinção clássica entre nulidade e anulabilidade

A literatura jurídica tradicional, clássica, costuma abordar a teoria das invalidades dos negócios jurídicos de forma estanque, através das distinções das causas de nulidade e anulabilidade. Tais distinções, segundo essa perspectiva, seriam, em suma: (i) - quanto às causas; (ii) - quanto ao convalidamento pelo decurso do tempo; (iii) - quanto à possibilidade de confirmação e suprimento judicial do vício; (iv) - quanto à legitimidade para alegação do vício e; (v) - quanto à operatividade de pleno direito.

Nesse sentido, classicamente, tem-se que a distinção entre nulidade e anulabilidade quanto às suas causas, dá-se em razão do interesse jurídico que as espécies visam tutelar.

³⁹ GUERRA, Alexandre. Princípio da conservação dos negócios jurídicos. Revista: Almedina, 2016, p. 103.

Dessa maneira, as causas de nulidade visariam a tutelar interesses socialmente relevantes, ao tempo que a anulabilidade é voltada à proteção dos interesses particulares das partes.

Já quanto à possibilidade de confirmação e de suprimento judicial do vício, tem-se que os atos nulos são insanáveis, seja pela vontade das partes ou seja pelo suprimento da nulidade pelo juiz. A lógica que opera na insanabilidade dos atos nulos permanece aquela da indisponibilidade do interesse público tutelado, em última instância, pela validade⁴⁰.

Por sua vez, quanto ao convalidamento pelo decurso do tempo, é posto que, enquanto a anulabilidade admite convalidamento, os negócios nulos nunca convalidariam com o decurso temporal, sendo a alegação de nulidade, assim, imprescritível.

No que diz respeito à legitimidade para alegação do vício, quando se trata de nulidades, a legitimidade é ampla – qualquer interessado e o Ministério Público nas causas em que atuar, segundo o art. 168, *caput*, do Código Civil. De outro modo, em caso a anulação, há restrição expressa estipulando que apenas aos interessados podem arguí-la (art. 177, *caput*, Código Civil)⁴¹.

Percebe-se, dessa maneira, que, pela Teoria das Invalididades, não haveria, em princípio, muito espaço para discussão da possibilidade de sanar vícios que ensejam nulidades do negócio jurídico ou aplicação do princípio da conservação dos negócios, que se verá a seguir.

7.2 O Princípio da conservação dos negócios jurídicos ou Princípio da sanação dos atos

O Princípio da conservação dos negócios jurídicos consubstancia-se na técnica jurídica através da qual, em nome da proteção da autonomia privada e da primazia da eficácia jurídico-social, aplicam-se as consequências das nulidades identificadas nos negócios jurídicos de maneira a buscar-se, sempre que possível, a preservação do seu conteúdo.

A aplicação concreta desse princípio dá-se sempre em situações em que o negócio jurídico apresenta alguma deficiência, ou seja, em casos de anulabilidade ou de nulidade (a depender da gravidade do vício).

O princípio da sanação dos atos imprime um cânone interpretativo aos negócios jurídicos que visa a sua conservação. Todavia, isso não significa dizer que o intérprete esteja

⁴⁰ SOUZA, Eduardo Nunes de. Teoria Geral das Invalididades do Negócio Jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. Revista: Almedina, 2017, p. 227.

⁴¹ SOUZA, Eduardo Nunes de. Teoria Geral das Invalididades do Negócio Jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. Revista: Almedina, 2017, p. 235.

obrigado a afirmar a validade do negócio jurídico sempre, mas sim que este deve levar especialmente em consideração, quando da atividade interpretativa, a manutenção da validade e, principalmente, da eficácia do ato.

Nesse sentido, o Princípio da conservação dos negócios jurídicos tem sido defendido por diversos autores contemporâneos, tais quais Alexandre Guerra⁴² e Eduardo Nunes de Souza⁴³, enquanto técnica apta e necessária a sanar, em alguns casos, inclusive nulidades absolutas.

Para tanto, os autores traçam algumas críticas à estrutura do plano de validade e dos demais planos de análise, com vistas a demonstrar que não apenas as distinções supostamente bem demarcadas entre as diversas categorias são frágeis e cheias de exceções, como também que o enquadramento de uma situação em nulidade e ou anulabilidade requer uma análise prévia do intérprete quanto à disciplina mais adequada⁴⁴.

Em verdade, até mesmo a teoria clássica já havia sedimentado algumas exceções, firmadas jurisprudencialmente na tradição jurídica, optando pela sanção dos atos jurídicos, tanto aqueles anuláveis (cuja sanção é admitida em maior escala); quanto aqueles nulos (o que, pela regra, seria inadmissível).

Vê-se que a questão é controversa. Isso porque mexe com técnicas jurídicas sedimentadas por décadas de maneira a visar flexibilizá-las diante de novos valores instituídos pela Constituição Federal de 1988. Dito de outra forma, trata-se de uma das possibilidades interpretativas postas pelo movimento que ficou conhecido como “Constitucionalização do Direito Civil”.

Por um lado, o fenômeno abre um horizonte hermenêutico que torna possível a ponderação de certas regras em prol de direitos e interesses igualmente relevantes. Por outro, caso banalizado em sua aplicação, perde suas premissas e acaba por não concretizar o intuito de nenhum dos dois institutos, seja o da Teoria das Invalididades jurídicas, seja o Princípio da conservação dos negócios jurídicos.

⁴² “A sobrevivência de todo negócio jurídico, a nosso ver, por força do Princípio da conservação dos negócios jurídicos, deve pautar a “escolha” do intérprete. Se liberdade houver (o que merece nossa reflexão), deve o intérprete “preferir” um resultado eficiente para o processo que desempenha. (...) Na verdade, a eficácia jurídica e social dos negócios jurídicos é um vetor de interpretação negocial.” (GUERRA, 2016, p. 173).

⁴³ SOUZA, Eduardo Nunes de. Teoria Geral das Invalididades do Negócio Jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. Revista: Almedina, 2017, p. 287.

⁴⁴ SOUZA, Eduardo Nunes de. Teoria Geral das Invalididades do Negócio Jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. Revista: Almedina, 2017, p. 288.

8 TEORIA DAS INVALIDADES E APLICAÇÃO DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*

Como dito anteriormente, o *venire contra factum proprium* é uma das máximas que concretizam a terceira função da boa-fé objetiva, qual seja, a função de reprimir condutas tendo em vista valores sociais relevantes, como a honestidade, lealdade e confiança.

Ainda sobre o princípio, é possível afirmar que ele foi construído historicamente, de maneira a dar maiores contornos a sua aplicação. Cuida-se de uma lógica encontrada em alguns dispositivos do direito onde era possível extrair-se uma vedação do comportamento contraditório, mesmo diante da existência de outros dispositivos que permitiam, expressamente, a contradição a uma conduta anterior.

Quando lido através de uma visão clássica do Direito Civil, o princípio é somente aplicável à situações em que não há regramento previsto sobre a proibição ou não da contradição. Dessa maneira, tradicionalmente, não poder-se-ia falar na utilização do *venire contra factum proprium* para afastar vícios dos negócios jurídicos. No entanto, até a literatura jurídica clássica já relatava situações em que a máxima foi utilizada para afastar situações onde incidiam nulidades relativas e absolutas⁴⁵.

Hodiernamente, é possível afirmar que a máxima tem sido amplamente utilizada para resolver diversos casos, basta uma busca guiada pelo brocardo nos portais eletrônicos dos tribunais para chegar a essa conclusão.

Contudo, a popularidade não tem confluído para uma aplicação técnica do brocardo. De maneira distinta, a sua vulgarização tem feito com que o *venire contra factum proprium* seja utilizado para uma gama de casos que seriam: I) - facilmente resolvidos sem a sua menção e/ou; II) - hipóteses de nulidades (terreno no qual a prevalência da máxima é extremamente questionável).

⁴⁵Menezes de Cordeiro cita exemplos em que o Tribunal alemão utilizou do *venire contra factum proprium* para afastar nulidades relativas. Bem como um caso em que o brocardo foi utilizado para afastar nulidade absoluta. Através dos exemplos conclui que o emprego seria uma forma de estatuir limites às nulidades, a despeito de frisar a aplicabilidade da regra, qual seja, a impossibilidade de convalidação de nulidades absolutas.(MENEZES CORDEIRO, 2001, p-749-750).

No campo das nulidades relativas, a literatura jurídica contemporânea é consonante em aceitar a incidência do princípio. Isso porque a grande maioria dos ordenamentos jurídicos vedam a impugnação de negócio jurídico anulável por quem lhe tenha dado causa ou o cumprido mesmo estando ciente do vício⁴⁶.

A lógica da aplicação do *venire contra factum proprium* aos negócios anuláveis é explicada pelo fato de que, em sendo as causas de anulabilidade guiadas pelo interesse particular, o titular desse interesse fica impossibilitado de exercê-lo, porque incutiui em terceiro, com um comportamento anterior, uma legítima confiança que não o faria⁴⁷.

Por outro lado, nas hipóteses de nulidade, o tema é controverso. Como dito anteriormente, a teoria clássica das invalidades não admite, em tese, interferência dos brocardos que compõem o grupo denominado de “exercícios inadmissíveis de direitos”.

O fundamento dessa não interferência seria, justamente, o fundamento da própria existência das nulidades absolutas, a saber, a máxima proteção dada pelo ordenamento jurídico a um determinado interesse, de maneira que ele não pode ser lido como um interesse meramente particular, mas um interesse de ordem pública.

Contudo, a justificativa encontra críticas de diversos autores. Anderson Schreiber, por exemplo, entende que a invocação de um interesse público nos casos de nulidade parte de uma concepção ideológica liberal que apartava, de maneira absoluta, a ordem pública e a autonomia privada, remetendo a uma construção já superada da autonomia privada enquanto algo alheio à ordem pública, não havendo convergência entre elas⁴⁸.

Nesse sentido, estando o *venire contra factum proprium* no campo da autonomia privada e a nulidade no campo da ordem pública, não haveria necessidade de um exercício de ponderação nos casos concretos, tendo em vista que o segundo sempre prevaleceria sobre o primeiro. Todavia, o autor pontua que essa divisão estanque não mais subsiste, uma vez que, atualmente, com a mudança dos valores sociais, a própria autonomia privada passou a compor um interesse de ordem pública⁴⁹.

⁴⁶ SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 260.

⁴⁷ SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 261.

⁴⁸ SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 262.

⁴⁹ SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 263.

Dessa maneira, *o venire contra factum proprium* também expressaria um interesse normativo público, consubstanciado na tutela da confiança, na proteção à boa-fé objetiva e na concretização dos valores constitucionais da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana⁵⁰.

Ressalta-se que Anderson Schreiber, quando comparado a outros autores, faz uma defesa modesta da possibilidade de incidência do brocardo em hipóteses de nulidade absoluta. Para tanto, defende a utilização da ponderação para averiguar se, no caso concreto, a tutela da confiança se sobressai ao interesse de ordem pública protegido pela nulidade.

Enquanto exemplo, Anderson Schreiber cita um acórdão alemão:

“Com relação às nulidades substanciais, entretanto, é mais difícil colher exemplos favoráveis. É neste campo que se faz imprescindível recorrer à jurisprudência alemã. Analisa-se o acórdão proferido pelo *Bundesgerichtshof* em 26 de outubro de 1955, acerca da nulidade de mandato judicial. No caso, o advogado estipulara com o mandante determinados honorários em montante muito inferior ao mínimo prescrito por lei, e para valerem apenas em caso de êxito. De acordo com o direito positivo alemão, a convenção era, como reconheceu o tribunal federal, tecnicamente nula. Todavia, tendo o advogado perdido a causa e requerido o pagamento dos honorários legais, com base na nulidade da convenção, decidiu a corte pela improcedência do pedido, já que a conduta do mandatário representaria *venire contra factum proprium*.” (SCHREIBER, 2012, p. 266).”

Para o autor, o caso representa um exemplo onde a tutela da confiança se sobressaiu ao interesse por trás da nulidade. O exemplo mencionado por ele é importante porque é exemplificativo do emprego do raciocínio de outros dois autores que defendem a possibilidade de conservar negócios nulos diante de outros interesses dignos de tutela.

Os dois autores mencionados acima são Alexandre Guerra⁵¹ e Eduardo Nunes de Souza⁵². Ambos defendem a possibilidade de afastamento de nulidades absolutas e relativas, mas o fazem não pela perspectiva da tutela da confiança, mas através da proteção da autonomia privada como motor do Princípio da conservação dos negócios jurídicos.

Para estes autores, a autonomia privada também consubstanciaria um interesse de ordem pública, de maneira que o afastamento de nulidade, visando a manutenção dos negócios jurídicos, seria admissível em ponderação aos interesses em jogo.

⁵⁰ SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 3ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 263.

⁵¹ GUERRA, Alexandre. Princípio da conservação dos negócios jurídicos. Revista: Almedina, 2016, p. 103.

⁵² SOUZA, Eduardo Nunes de. Teoria Geral das Invalidades do Negócio Jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. Revista: Almedina, 2017, p. 227.

Nesse sentido, o exemplo dado por Anderson Schreiber é consonante com o posicionamento de Alexandre Guerra e Eduardo Nunes já que, ao afastar a nulidade através da vedação ao comportamento contraditório, o Tribunal alemão manteve as vontades expressadas no negócio jurídico enquanto vinculantes, fazendo com que o advogado não pudesse exigir os honorários de seu mandante, tendo em vista que perdeu a causa; ou seja, o entendimento do tribunal prezou por fazer cumprir o que foi estabelecido na avença, ainda que aferida a sua nulidade.

Entretanto, mesmo esse entendimento mais refinado - que permitiria a utilização do *venire contra factum proprium* nas hipóteses de nulidade através de um exercício de ponderação entre os interesses em jogo - é facilmente manipulável, já que permite ao operador do direito o afastamento de regras objetivamente estabelecidas através do emprego de cláusulas gerais vagas e, por esse motivo, mais suscetíveis a uma aplicação arbitrária.

Não se nega aqui que, eventualmente, esse emprego pode, realmente, levar a proteção de algum interesse que, em dado caso concreto, deveria prevalecer sobre aquele tutelado pela nulidade. Contudo, não se pode ignorar os potenciais problemas que adviriam de uma superutilização da boa-fé objetiva e de seu aparato.

Se, por um lado, é controversa a admissibilidade de flexibilização da teoria das invalidades por outros princípios do ordenamento jurídico; por outro, é pacífica a percepção de que o grande número de decisões que fazem recurso ao aparato da boa-fé objetiva, muitas vezes, não o fazem da maneira mais acertada possível, e podem acabar levando ao esvaziamento completo de seu sentido.

Judith Martins-Costa⁵³ tratou do problema em sua obra “*A boa-fé objetiva no direito privado*”, quando pontuou que o uso excessivo do *venire contra factum proprium* estava ocorrendo em desatenção aos requisitos da aplicação do brocardo, tornando-se mero recurso formal para dar soluções contrárias ao sistema (reduzindo o exercício da teoria das invalidades) ou mesmo para soluções já existentes (casos em que o emprego da máxima seria totalmente desnecessário).

Seguindo a mesma lógica, Jan Peter Schmidt⁵⁴, em comentário ao REsp. 1.461.301/MT, condena a aplicação da vedação ao comportamento contraditório para afastar

⁵³ Martins-Costa, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 687.

⁵⁴ Schmidt, Jan Peter. Comentário ao REsp. 1.461.301/MT. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, ano 3, vol. 7, abr./ju. 2016, p. 419-437.

hipótese de nulidade absoluta. O caso analisado pelo autor dizia respeito a uma execução por título extrajudicial proposta por Banco Bradesco S.A. contra Christopher Barry Ward e sua mulher, Regina Maria de Freitas Ward, com base em cédula rural pignoratícia emitida pelo primeiro e avalizada pela segunda.

No curso do processo, as partes realizaram acordo homologado judicialmente, no qualos devedores propuseram o pagamento da dívida em valor inferior ao cobrado e concordaram com a formalização de penhora sobre alguns bens, entre eles, o imóvel em que residiam.

Contudo, o acordo foi descumprido, motivo pelo qual o banco pugnou pelo prosseguimento da penhora dos bens, inclusive do imóvel onde residiam os executados. Estes, por sua vez, arguiram a nulidade da avença sob o argumento de que o imóvel seria bem de família.

No caso, o Superior Tribunal de Justiça invocou o *venire contra factum proprium* para afastar a hipótese de nulidade. O voto do relator, que foi seguido pelos demais, condenou o fato dos próprios devedores terem ofertado o imóvel em garantia e, após, terem arguido sua impenhorabilidade. Ainda, entendeu que caso a nulidade prevalecesse, a decisão causaria desprestígio ao Judiciário, tendo em vista que o acordo foi homologado judicialmente.

Jan Peter Schmidt, em sua análise, pontuou enfaticamente que não só os pressupostos para aplicação do *venire contra factum proprium* não foram devidamente avaliados no caso, como também que a aplicação foi equivocada e o brocardo acabou sendo utilizado como “varinha de condão” para contornar a nulidade que viciava a avença⁵⁵.

Das críticas levantadas por Jan Peter Schmidt, três são de altíssima relevância para o debate. A primeira, diz respeito ao fato de que o uso pouco criterioso da vedação ao comportamento contraditório pode subverter, a um golpe, todo o regime das invalidades do negócio jurídico.

O autor é categórico ao afirmar que “*a sanção da invalidade não pode ser afastada pelas partes nem está subordinada “aos princípios da probidade e da boa-fé”, como defendeu o magistrado de primeiro grau*” (SCHMIDT, 2016, p. 420). Para ele, quando o legislador cria normas imperativas, a intenção é clara de proteger determinado interesse de

⁵⁵ Schmidt, Jan Peter. Comentário ao REsp. 1.461.301/MT. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, ano 3, vol. 7, abr./ju. 2016, p. 419-437.

forma absoluta vedando, salvo exceção expressa, qualquer tipo de disposição sobre eles⁵⁶. Assim, em sendo o bem de família impenhorável, a nulidade do acordo estava posta, não cabendo o emprego da vedação ao comportamento contraditório para resolução do caso.

A segunda crítica levantada pelo autor é, na verdade, um “*chamar atenção*” para o que o *venire contra factum proprium* realmente tutela: a confiança legítima. Isso porque, ao frisar que pouco importa a experiência ou não de quem alegue a nulidade (ou até mesmo sua ciência ou não dela), afasta a análise subjetiva acerca das intenções daquele que denuncia o negócio jurídico nulo, implicando que se este é objetivamente viciado, não importa quem, tampouco o porquê, de evocar-se o vício.

Ao fazê-la, o autor denuncia o emprego quase “sancionador” do brocardo que, visando punir aquele que se vale de uma determinada nulidade, acaba por desvirtuar a sua finalidade. A crítica é válida na medida em que a vedação ao comportamento contraditório não se assenta em uma análise subjetiva, tampouco é fundada no dolo.

Trata-se, de maneira contrária, de averiguar se, objetivamente, determinado comportamento foi capaz de gerar uma confiança legítima em outrem, a ponto que uma conduta contrária àquela anteriormente adotada frustrasse com expectativas legítimas de terceiros. Dessa maneira, mesmo que fosse o caso de emprego do *venire contra factum proprium*, pouco importaria sobre a intenção dos executados de cumprir a avença, ou até mesmo, sua consciência prévia ou não da nulidade.

A terceira crítica, é aquela direcionada à subsunção dos pressupostos para aplicação do *venire contra factum proprium*. A partir da análise dos elementos do instituto, Jan Peter Schmidt revela o quão controverso é o brocardo. Isso porque, ao levar em seu nome a ênfase ao comportamento contraditório, acaba por induzir ao erro, fazendo com que se dê maior preponderância a segunda conduta, quando aquela “vinculante”, na verdade, seria a primeira.

Afinal, é o comportamento inicial que vincularia o indivíduo, caso criasse em terceiro uma legítima confiança na sua manutenção. Com isso, aponta para a irrelevância da segunda conduta em isolado.

Nesse sentido, a segunda conduta só ganharia importância na medida em que afrontasse àquela contradita e, mesmo assim, somente nos casos em que fosse aferida uma confiança legítima daquele que viria a ser lesado pela contradição.

⁵⁶ Schmidt, Jan Peter. Comentário ao REsp. 1.461.301/MT. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, ano 3, vol. 7, abr./ju. 2016, p. 433.

Por fim, Jan Peter Schmidt frisa que já há um campo do direito privado que estuda a vinculação dos atos, que é, propriamente, o arcabouço da teoria do negócio jurídico. Nesse sentido, deveria ser ela e somente ela a regulamentar os pressupostos de tal vinculação.

É a partir deste contraponto proposto por Jan Peter Schmidt que serão analisados alguns acórdãos de Tribunais proferidos nos últimos anos em que a máxima *venire contra factum proprium* foi utilizada em casos de nulidades. Com o exercício, pretende-se analisar a estrutura, pressupostos e consequências da aplicação do brocardo e, ao fim, chegar-se a uma conclusão acerca da pertinência ou não de sua aplicação em casos que seriam regidos pela teoria das invalidades do negócio jurídico.

9. ANÁLISE DE CASOS

Os casos que serão analisados a seguir tratam-se de decisões recentes (proferidas nos últimos quatro anos) que reverberam o uso corriqueiro do *venire contra factum proprium* pelos tribunais.

Em verdade, são inúmeros os acórdãos que poderiam ser utilizados para a análise proposta no presente trabalho. Infelizmente, a má utilização do brocardo reverbera a regra, e não a exceção⁵⁷.

Todavia, estes julgados foram escolhidos tendo em vista tratarem precisamente de hipóteses de nulidades que foram afastadas, ou foram ignoradas através da utilização da vedação ao comportamento contraditório.

9.1 Nulidade de acordo por ausência de assinatura da parte (Acórdão 1.0000.21.119545-8/001 - Tribunal de Justiça de Minas Gerais)

⁵⁷ Para a seleção dos casos foi realizada busca nos portais eletrônicos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e do Superior Tribunal de Justiça no dia 24 de janeiro de 2022. De acordo com os resultados, ficou perceptível que uma parcela considerável deles admitia a hipótese do *venire contra factum proprium* para afastar nulidade consistente em (i) - impenhorabilidade de bem de família ou bem de trabalho; (ii) - exceções de pré - executividade, nas quais eram arguidas questões como prescrição, decadência e validade do título; (ii) - inobservância de forma prescrita em lei e; (iv) - uso do brocardo para ignorar a análise da nulidade. Dessa maneira, a título exemplificativo, foi selecionado um julgado para cada hipótese.

O caso diz respeito a uma apelação interposta pelo Banco Santander em desfavor de Viaexpress Transpostes - ME, visando a reformar a sentença que extinguiu o processo sem resolução de mérito, ante ao cumprimento de acordo celebrado entre as partes.

Isso porque o Banco Santander arguiu em sede de apelação, após ter (i) - juntado o acordo ao processo e; (ii) - comunicado ao Juízo o seu cumprimento; a nulidade da avença sob o argumento de que não assinou o termo, além de não ter havido homologação do acordo.

Para fundamentar sua pretensão, a apelante arguiu que o artigo 842 do Código Civil dispõe que a manifestação de vontade de ambas as partes é requisito de validade da transação e que, no caso em comento, o acordo noticiado não possuía validade nem poderia levar à perda de objeto da ação, tendo em vista não ter sido assinado.

Ao julgar o caso, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu que, a despeito de ter sido aferida a nulidade da avença, o Banco Santander não poderia se beneficiar dela. O Desembargador relator do caso ponderou que:

“(..) Constata-se que a instituição financeira vem se comportando de forma contraditória nos autos, pois juntou a petição de acordo, requereu a sua homologação, recebeu integralmente as prestações avençadas, informou a quitação nos autos para, neste recurso, alegar a nulidade do acordado, em razão da ausência de sua própria assinatura.

Diante de tal comportamento contraditório, cabe ressaltar que, do princípio da eticidade - um dos pilares ideológicos do Código Civil de 2002 - decorre o princípio da boa-fé objetiva e seus consectários. Dentre eles, figura a vedação do venire contra factum proprium, que proíbe o exercício de atitudes contraditórias em relação a comportamento ou posições anteriormente adotadas.

O imperativo é largamente desenvolvido pela doutrina, em vista da moderna constitucionalização do direito privado: (...)

Nesse contexto, esclareço que o acordo juntado aos autos pela instituição financeira, que requereu a sua homologação e recebeu ao longo de quase dois anos as prestações avençadas, sem qualquer oposição, não pode ser considerado inválido.

E, diante do pagamento integral das prestações avençadas, a extinção da presente ação de busca e apreensão por perda do objeto é medida que se impõe, não merecendo reparos a r. sentença de primeiro grau. (...)

(APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.21.119545-8/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - APELANTE(S): BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A. - APELADO(A)(S): VIAEXPRESS TRANSPORTES LTDA - ME)

Em análise ao caso é possível constatar que trata-se de hipótese de nulidade absoluta. Tanto assim o é, que o próprio relator assumiu estar diante de nulidade, e expressou fundamentação no sentido de afastá-la.

Todavia, no caso vertente, a aplicação da vedação ao comportamento contraditório não deveria ter sido aplicada. Isso porque, além de tratar-se de hipótese de nulidade absoluta, a sua normal incidência não acarretaria, por si só, em prejuízo à outra parte. Para entender a última assertiva, basta enquadrar o objeto da apelação e vislumbrar-se a consequência direta da constatação da nulidade.

Caso a apelação fosse julgada procedente, o que ocorreria seria a reforma da decisão, determinando o prosseguimento do processo em primeiro grau, visando haver uma sentença com resolução de mérito acerca da busca e apreensão.

Com a nulidade declarada e o consequente retorno do processo à primeira instância, o juiz seria instado a decidir o mérito da ação. No mérito, então, poderia o *venire contra factum proprium* ser utilizado enquanto fundamento para sua improcedência.

Afinal, o banco, de fato, tomou uma série de atitudes que criaram na outra parte a legítima expectativa de que as contraprestações pagas seriam suficientes para pôr fim à ação. A solução proposta seria, realmente, mais demorada e não cooperaria para a celeridade e economia processuais. Por outro lado, reverberaria um entendimento técnico e que privilegia o *status* próprio da teoria das invalidades.

Percebe-se, ainda, que além de não haver constado a assinatura do Banco Santander no instrumento do acordo, este não foi sequer homologado pelo juiz. Até porque, na hipótese de acordo homologado judicialmente, há sentença com resolução de mérito, nos termos do art. 487, III, "b" do Código de Processo Civil.

Quanto à ponderação de interesses no caso concreto para perquirir-se acerca de qual se sobressairia sobre o outro, se aquele protegido pela nulidade, ou a confiança criada na contraparte, ela é dispensável. Afinal, a formalidade de “homologação judicial do acordo” serve justamente para conferir, no mínimo, os pressupostos formais da validade da avença.

A falta de assinatura da parte também não pode ser lida como dispensável, uma vez que, por qualquer razão que seja (aqui pode-se cogitar àqueles mesmos da tutela da confiança como, por exemplo, a segurança jurídica), o Código Civil submeteu a validade da manifestação da vontade a ela. Ausente a assinatura, inexistente manifestação da vontade tutelada pelo ordenamento.

Era de incumbência do Judiciário averiguar tais requisitos. Assim, não pode o juiz de primeiro grau esquivar-se de tal obrigação, mediante sentença sem resolução do mérito,

enquanto utiliza dos termos da avença para extinguir o feito. Afinal, o *venire contra factum proprium* não possui a finalidade de corrigir erros judiciais.

9.2 Nulidade de acordo - direito indisponível (Recurso Especial nº 1564334 - PR)

O Estado do Paraná impugnou acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Paraná em sede de Recurso Especial, arguindo nulidade no acordo que firmou com o SindSaúde (Sindicato dos Trabalhadores e Servidores em Serviços de Saúde Públicos do Paraná), visando cessar o movimento grevista. Isso porque, segundo o ente estatal, o direito transgido tratava-se de direito indisponível.

Na decisão colegiada de segundo grau, ficou mantida a incolumidade do acordo, sem haver sequer discussão acerca do teor do direito indisponível alegado. Isso tudo mediante a alegação de que a conduta do Estado do Paraná teria sido contraditória ante as inúmeras audiências conciliatórias realizadas para discussão e consequente homologação do acordo.

Surpreendentemente, em sede de Recurso Especial, a fundamentação da decisão também não alcançou grande profundidade. De maneira distinta, o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça manteve a razão sustentada pelo Tribunal *a quo*, pontuando que:

“Adianto que o agravo não merece acolhimento.

A discussão de fundo apresentada a esta Corte Superior não é sobre a disponibilidade ou não do direito objeto da transação homologada. A controvérsia que foi expressamente discutida na origem seria sobre a possibilidade ou não de o Estado do Paraná, depois de firmar acordo com os ora recorridos, alegar nulidade do ajuste.

Essa questão, conforme destacado na decisão monocrática, inclusive com a transcrição dos trechos do julgado do Tribunal de Justiça, perpassou por uma contextualização fática evidente, inviabilizando o reexame dessas questões, por conta da súmula 7 desta Corte.

E, se tomados como verdadeiros os fatos que constaram do acórdão, realmente o Estado do Paraná não poderia, depois de concordar com uma transação, alegar nulidade do negócio jurídico, sob pena de incorrer em conduta contraditória.” (AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1564334 - PR (2015/0270319-0. Min. Gurgel de Faria. 16 de nov. 2021).

Não fosse suficiente, em decisão monocrática, o Ministro Gurgel de Faria, responsável pela relatoria do caso, havia ponderado que “*esta Corte tem prestigiado a proteção à boa-fé objetiva nessas hipóteses, impedindo que aquele que deu causa à nulidade seja por ela beneficiado*”.

Percebe-se que, neste caso, fica comprometida, inclusive, a verificação de eventual necessidade de ponderação entre a aplicação do *venire contra factum proprium* e da possível nulidade, uma vez que a máxima não foi sequer utilizada para afastá-la. Ao contrário, a vedação ao comportamento contraditório foi utilizado para ignorar completamente a possibilidade de existência de um interesse indisponível e, conseqüentemente, da própria nulidade.

Uma decisão mais técnica no caso, ao contrário do que afirmou o Ministro Gurgel de Faria, estaria adstrita a, em primeiro lugar, analisar a disponibilidade ou não do direito arguido. Somente depois disso, enfrentaria a questão se a nulidade deveria ser afastada ou não por eventual “comportamento contraditório”.

Ainda, ao pontuar que a Corte tem impedido que aquele que deu causa à nulidade seja por ela beneficiado, o Ministro dá margem a interpretação de que a Corte resolveu, sem muitas delongas, desconsiderar a teoria das nulidades de tal forma a sequer identificá-la por seu nome na análise do caso.

A repetição incessante da justificativa de que o ordenamento não tem admitido que denuncie a nulidade quem deu a ela causa também é questionável, tendo em vista que a hipótese de nulidade já existia antes do caso concreto, sendo que quem deu a ela causa foi o próprio legislador.

É impressionante o uso do *venire contra factum proprium* no caso vertente porque ele é empregado de maneira invisibilizar, e justificar a invisibilização, de eventual nulidade. Dessa maneira, é possível concluir-se, no mínimo, que o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça não enfrentou os fundamentos do recurso a ele submetido.

9.3 Exceção de pré-executividade - Prescrição (Apelação Cível nº 1.0701.08.218052-5/001 - Tribunal de Justiça de Minas Gerais).

Este terceiro caso sob análise, diz respeito a uma apelação contra decisão proferida em ação de execução interposta por Construtora Brilhante LTDA em desfavor de Antônio Carlos da Silva, que acolheu a exceção de pré-executividade arguida pelo requerido, reconhecendo a prescrição suscitada e extinguindo a execução.

Neste caso, o Acórdão é digno de ser apreciado tendo em vista o teor do voto do Desembargador Relator Alexandre Santiago, bem como o voto da Desembargadora Mônica Líbano Rocha Bretas que acabou prevalecendo sobre o primeiro.

No voto do relator houve o reconhecimento expresso da possibilidade de arguir-se a prescrição em qualquer fase processual, inclusive de ofício, tendo em vista tratar-se de interesse de ordem pública. Todavia, o relator direcionou seu posicionamento de maneira a asseverar que a declaração da prescrição após o trânsito em julgado afetaria a coisa julgada. Além disso, pontuou que:

“No caso em tela, o comportamento adotado pelo executado/apelado o venire contra factum proprium, na medida em que se manteve inerte durante todo o trâmite processual, vindo a insurgir-se contra a sentença que rejeitou os Embargos somente após o trânsito em julgado.”(Apelação Cível nº 1.0701.08.218052-5/001 - Comarca de Uberaba - 1º Apelante: Construtora Brilhante LTDA - 2º apelante: Antônio Carlos da Silva. Des. Rel. Alexandre Santiago. 19 de abr. 2018).

Observa-se que, no caso, o Des. Alexandre Santiago até pondera sobre a existência de prescrição, mas mesmo assim entende por dar primazia à segurança jurídica, tendo em vista o suposto comportamento contraditório do executado.

Outro fato curioso do voto da relatoria diz respeito ao fato de haver menção expressa aos três tipos de preclusão (temporal, lógica e consumativa), de maneira a dar a entender que a prescrição não seria (como não é, de fato) alcançável por nenhuma delas.

Entretanto, a despeito de tal ressalva, o magistrado permaneceu firme no posicionamento de afastar a prescrição, tendo em vista que considerá-la feriria, segundo ele, a segurança jurídica e a coisa julgada.

Interessante apontar que o voto vogal da Des. Mônica Líbano instaurou divergência ao pontuar, acertadamente, que:

“O nobre Relator Des. Alexandre Santiago entendeu, ao contrário da decisão de primeiro grau, que o reconhecimento da prescrição executória, após o trânsito em julgado dos embargos à execução opostos pela parte executada, violaria o princípio constitucional da segurança jurídica das decisões.

Entendeu o douto Relator, ainda, que o executado teria praticado a chamada "nulidade de algibeira", na medida em que arguiu a prescrição apenas quando lhe foi conveniente.

Inicialmente, cumpre asseverar que a questão posta nos autos, ao meu ver, não se configura como "nulidade de algibeira", que consiste em a parte alegar nulidade processual apenas quando lhe for conveniente.

No caso, não há, por parte do executado, alegação de nulidade pela inobservância da norma processual, mas sim pedido de reconhecimento de prescrição, cuja análise pode ser apreciada inclusive de ofício pelo Magistrado, não podendo se falar, assim, em conveniência da parte.

Lado outro, com a devida vênia ao nobre Relator, entendo cabível a análise da prescrição, arguida em sede de exceção de pré-executividade, ainda que transitada em julgado a decisão proferida nos embargos do devedor.”(Apelação Cível nº 1.0701.08.218052-5/001 - Comarca de Uberaba - 1º Apelante: Construtora Brilhante LTDA - 2º apelante: Antônio Carlos da Silva. Des. Mônica Líbano. 19 de abr. 2018)

A divergência inaugurada pela Des. Mônica Líbano é importante porque chamou atenção tanto para a falta de preenchimento dos requisitos para apurar-se eventual conduta contraditória do executado, bem como pela inafastabilidade da arguição de prescrição, fazendo com que ela fosse analisada no caso concreto.

Cumprе ressaltar, ainda, que a questão da prescrição não havia sido aventada em qualquer momento do processo, não havendo que se falar em “coisa julgada” sobre esse ponto.

O voto do relator manifesta, assim, mais um dos casos de subsunção inadequada do *venire contra factum proprium* para afastar uma hipótese muito clara de nulidade estatuída pela ordem pública. Curiosamente, o interesse digno de proteção que se sobressairia ao reconhecimento da prescrição, é aquele mesmo que os prazos prescricionais visam tutelar: a segurança jurídica.

Por outro lado, pensando em hipotética utilização da preservação dos negócios jurídicos, tem-se que estaria obstada pela prescrição, justamente por essa afetar o campo da eficácia. O negócio jurídico prescrito não é inválido, tanto assim o é que seu pagamento voluntário é reputado enquanto devido. Todavia, não pode o Judiciário compelir o negócio a produzir efeitos após ter havido o transcurso do prazo prescricional.

O prazo prescricional delimita, de uma maneira bem certa, a própria atuação do Judiciário. Ou seja, a prescrição é a vedação expressa de atuação judicial após o transcurso do prazo estabelecido em lei.

9.4 Nulidade por impenhorabilidade de bem de família (Agravo de Instrumento nº 1.0693.15.007633-1/002 - Tribunal de Justiça de Minas Gerais)

O caso diz respeito a um agravo de instrumento interposto por Geraldo Andrade do Carmo e Outros, em face de Banco Bradesco S.A, em que os autores requereram a decretação de nulidade da garantia fiduciária do imóvel por eles oferecido, bem como a suspensão do leilão extrajudicial de tal bem, mediante a alegação de que o imóvel dizia respeito a bem de família e que foi colocado a leilão a preço vil.

Em caso bem similar aquele tratado por Jan Peter Schmidt no comentário que fez ao acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp. 1.461.301/MT, os executados, após terem indicado o imóvel em garantia, arguiram sua impenhorabilidade.

No acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais é possível se extrair a mesma utilização do *venire contra factum proprium* feita pelo STJ. Isso porque a Corte Mineira entendeu que:

“Isso porque, o bem dado em garantia real, ainda que seja considerado bem de família, insere-se nas hipóteses excepcionais à impenhorabilidade, podendo ser atingido para satisfação da dívida garantida.

Com efeito, os apelantes eram sabedores de tal condição quando ofertaram o imóvel em garantia e a alegação de impenhorabilidade, quando da execução, ofende o princípio do pacta sunt servanda e da boa-fé objetiva, constituindo verdadeiro *venire contra factum proprium*, o que é vedado.

Dessa forma, se os autores deram em garantia um imóvel, tem-se que renunciaram a proteção do bem de família, não lhe cabendo alegar a sua impenhorabilidade posteriormente.” (Apelação Cível Nº 1.0090.16.003333-9/003 - Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 26 de out. 2018).

Percebe-se, novamente, que a vedação ao comportamento contraditório foi manuseada deliberadamente para afastar a proteção legal expressa do imóvel considerado bem de família. De novo, o argumento de Jan Peter Schmidt prevalece no sentido de apontar que o emprego do brocardo no caso é raso, tendo em vista que ao dispor sobre hipótese de nulidade o legislador, como o autor pontua, “queria” que o interessado (ou qualquer outra pessoa) a arguisse.

Ainda sobre o caso, é possível ponderar que a utilização do *venire contra factum proprium* não só foi equivocada (porque reverberou um sentido que não é o do instituto), como também foi totalmente dispensável, haja vista se tratar, no caso, de hipótese de exceção à impenhorabilidade expressa na Lei nº 8.009/90, em seu art. 3º, V, ao que sequer seria necessário invocar o brocardo para afastar a alegação da parte.

10. A BANALIZAÇÃO E MAU USO DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*

A análise da utilização do *venire contra factum proprium* pelos tribunais leva à constatação de um descompasso entre a realidade do debate acadêmico acerca do tema e o uso do brocardo nas decisões judiciais, uma vez que, enquanto a nível teórico se discute sobre a possibilidade e fundamentação da incidência da vedação ao comportamento contraditório nos casos de nulidades absolutas; a nível prático, a máxima é utilizada para uma diversidade de casos, sem qualquer critério técnico que guie tais decisões.

Dos usos dado ao instituto, é comum que se depare com casos em que o emprego de dispositivo legal facilmente resolveria a controvérsia, como foi o caso do Acórdão nº 1.0693.15.007633-1/002 proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, onde existia exceção legal prevista à impenhorabilidade arguida pelos agravantes.

Por outro lado, a utilização do *venire contra factum proprium* para invisibilizar a averiguação de nulidades suscitadas, como ocorreu no Recurso Especial nº 1564334 - PR é, talvez, um dos empregos mais problemáticos da máxima. Isso porque, utiliza-se do brocardo para justificar uma omissão das decisões que não enfrentam os fundamentos dos recursos.

Tal emprego é perigoso na medida em que corresponde a uma solução fácil que sequer permite adentrar no questionamento acerca da existência ou não da nulidade apontada. Trata-se de um comportamento inadmissível porque esvazia a importância da teoria das invalidades e dá tratamento secundário à questão que, ao menos em tese, foi tratada de maneira privilegiada pela legislação.

O menoscabo com as hipóteses protegidas pela ordem pública é notória, também, nas exceções de pré-executividade; onde a proibição a adoção de comportamento contraditório é invocada para passar por cima de questões como prescrição, decadência, invalidade do título, etc.

De novo, abre-se enorme margem ao julgador para que, no caso concreto, decida, através do aparato da boa-fé objetiva, sobre os interesses que, a seu ver, deveriam se sobressair sobre a hipótese expressamente eleita pela legislação como arguível em qualquer instância, por qualquer sujeito processual.

Em nome da segurança jurídica se afasta a análise de prazo prescricional, por exemplo, sendo que o próprio instituto da prescrição encontra o fundamento de sua existência nela. O

debate, ainda, raramente chega à fase de perquirir-se por qual solução, então, tutelar-se-ia de maneira mais adequada o interesse eleito como aquele que deve ser privilegiado.

De igual modo, é curiosa a aplicação do *venire contra factum proprium* para afastar hipóteses de nulidades que, no entender de alguns operadores, tratariam, em verdade, de mera formalidade. Afinal, é hipótese de nulidade do negócio jurídico a não observância à forma prescrita em lei (art. 166 do Código Civil) justamente porque o que se tutela com a “formalidade” é um valor importante ao ordenamento - não a formalidade em si.

Observa-se, por exemplo, que no caso tratado pelo Acórdão 1.0000.21.119545-8/001 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a assinatura dos envolvidos é condição necessária à comprovação e, portanto, tutela, da manifestação da vontade. Assim, não se trata de um requisito arbitrário.

Nesse caso, inclusive, a aplicação do *venire contra factum proprium* não só se deu de maneira a afastar a nulidade, como impediu o emprego oportuno do brocardo. Isso porque, caso fosse reconhecida a nulidade da avença, estar-se-ia diante de situação com regramento que não seria regido pelo tratamento dado pelos negócios jurídicos e possível de ser conduzido através da perspectiva da tutela da confiança.

Todas essas considerações levam ao enfrentamento do posicionamento daqueles que defendem a incidência do Princípio de conservação dos negócios jurídicos e da boa-fé objetiva inclusive em matéria de ordem pública, de forma rechaçá-la.

Vários são os motivos para tanto. O primeiro diz respeito ao próprio desenvolvimento das cláusulas da boa-fé objetiva e do *venire contra factum proprium*. Como visto, o brocardo não reverbera a tutela da coerência, mas sim da confiança. Entretanto, em casos regidos por negócios jurídicos, já há aparato que estipula as condições e limitações da vinculação dos atos dos sujeitos envolvidos. A aplicação de outros valores visando afastar a nulidade reverbera, na maioria dos casos, uma decisão altamente questionável.

Abre-se mão de um valor estatuído pela legislação, de maneira expressa, como sendo de ordem pública, para valorizar outro que, a critério de quem julga, seria considerado de maior importância naquela ocasião.

A excessiva liberdade para dispor de critérios legais abre margem para uma série de decisões arbitrárias. Além disso, a grande maioria das decisões que fazem recurso à vedação do comportamento contraditório não reverberam sequer a construção contemporânea que defende a possibilidade de sanção de negócios jurídicos nulos.

São raríssimos os casos que fazem menção ao Princípio da conservação dos negócios jurídicos e, mesmo os que fazem, o aplicam sem dar os reais contornos das consequências e fundamentos do posicionamento.

Ademais, quando analisado o emprego da proibição ao comportamento contraditório, é quase sempre possível notar-se um emprego “punitivo” do brocardo. Ao invocar-se que parte beneficiada pela nulidade não poderia arguí-la porque estaria praticando um ato ilícito através do exercício inadmissível de direito, é como se a estivesse punindo por hipótese que quem deu causa, em verdade, foi o próprio legislador e o ordenamento jurídico, ao estatuir a teoria das invalidades.

O uso, portanto, não é consentâneo com o ordenamento vigente. Isso porque a punição prevista para o ato ilícito é a reparação do dano (arts. 186 e 187 do Código Civil), ou, nos casos em que fique configurada litigância de má-fé, as sanções previstas nos artigos 79 e 142 do Código de Processo Civil. Assim, possível violação à boa-fé objetiva é punível através da reparação do dano (e a depender do caso, por multa a ser fixada pelo juízo), e não através do afastamento da nulidade.

Por fim, o argumento trazido pelos autores Alexandre Guerra e Eduardo Nunes de Souza é questionável também se lembrado que a própria teoria dos negócios jurídicos serve para tutelar a autonomia privada. Assim, se a própria teoria admite e assume a incidência de nulidades é porque estes casos já teriam eleito, de antemão, o interesse de maior importância a ser tutelado face à autonomia privada.

A teoria das nulidades, com a consequente separação entre nulidades absolutas e relativas, foi mantida pelo Código Civil de 2002. A despeito de ser questionável que algumas das hipóteses avançadas como de nulidade na legislação tenham relevância à ordem pública, alterações na matéria não prescindem de mudança legislativa. Até porque, a legislação é uma forma de balizar e limitar a atuação do Judiciário, não devendo serem flexibilizadas hipóteses de nulidades quando a própria lei proíbe a manobra.

Dessa maneira, o posicionamento de Jan Peter Schmidt parece ser o mais adequado justamente por levar às últimas consequências as justificativas e fundamentações de cada um dos institutos, ao passo em que separa e limita a aplicação do *venire contra factum proprium*.

Em verdade, o brocardo só deveria incidir nos casos em que não é possível se verificar a existência de negócio jurídico, ou seja, sua incidência estaria limitada apenas às hipóteses

em que fosse possível se apurar, objetivamente, condutas que ensejaram o surgimento de expectativas legítimas em terceiro na manutenção de determinado comportamento.

Afinal, esse é, de fato, o âmago do instituto - tutelar situações que, à margem de tratamento legal - acabavam sendo ignoradas pelo ordenamento. Dessa maneira, não causa surpresa que o emprego original do brocardo seja aquele menos visto da prática jurídica, uma vez que a superutilização de cláusulas gerais geralmente ocasionam a completa desvirtuação de seu sentido.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo analisar a controvérsia existente na admissibilidade, ou não, de utilização do *venire contra factum proprium* - brocardo que concretiza a terceira função da boa-fé objetiva - para afastar a incidência de nulidades absolutas.

De início, foi analisado o histórico e fundamentos da máxima, de maneira a delimitar sua insurgência no direito e sua figura pouco pacífica, tendo em vista a existência de dispositivos que, ora vedam, ora tutelam, comportamentos contraditórios. Após, passou-se à diferenciação do *venire contra factum proprium* dos demais institutos que compõem o grupo do exercício inadmissível de direitos.

Em seguida, empregou-se a construção tradicional da teoria das nulidades e sua consequente repartição entre hipóteses de nulidades absolutas e relativas, ao passo em que também foram apresentados pontos de vistas contemporâneos acerca da aplicação do Princípio da conservação dos negócios jurídicos visando a sanação de atos nulos.

Com a discussão de tais categorias, utilizou-se das premissas do comentário ao REsp 1.461.301/MT feito por Jan Peter Schmidt para diagnosticar o mau uso do brocardo *venire contra factum proprium* em acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais e por decisão do Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, chegou-se à conclusão de que, sem embargo das considerações feitas por Alexandre Guerra e Eduardo Nunes de Souza, a aplicação de princípios da boa-fé objetiva para afastar a incidência de nulidades absolutas parece dar margem a excessiva arbitrariedade judicial, bem como ao desuso de hipóteses taxativas de invalidades previstas e vigentes no Código Civil de 2002.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgrInt no Recurso Especial 1564334 - PR. Relator: Ministro Gurgel de Farias, Paraná, 16 de novembro de 2021.

GUERRA, Alexandre. Princípio da conservação dos negócios jurídicos. Revista: Almedina, 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MENEZES e CORDEIRO, António Manuel da Rocha. Da boa fé no direito civil. 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2001.

MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação cível nº 1.0000.21.119545-8/001 - Comarca de Belo Horizonte - Apelantes: Banco Santander(BRASIL) S.A Apelado: Viaexpress LTDA-ME. 11 de nov. 2021.

MINAS GERAIS, (Estado). tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação cível nº 1.0701.08.218052-5/001 - Comarca de Uberaba - 1º Apelante: Construtora Brilhante LTDA - 2º Apelante: Antônio Carlos da Silva. 19 abr. 2018.

MINAS GERAIS, (Estado). ribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação cível nº 1.0693.15.007633-1/002 - Apelante: Doralice Ribeiro do Carmo e Outros - Apelado: Banco Bradesco S/A. 26 de out. 2018.

NEVES, Julio Gonzaga Andrade. A supressio (vewirkung): no direito civil. São Paulo, 2016.

SCHMIDT, Jan Peter. Comentário ao REsp. 1.461.301/MT. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, ano 3, vol. 7, abr./ju. 2016

SCHREIBER, Anderson. A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium. 3ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Teoria Geral das Invalidades do Negócio Jurídico: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. Revista: Almedina, 2017.